Abweichung von Anstifter-Vorsatz und Täterhandlung

unter besonderer Berücksichtigung des Falles des Irrtums im Objekt.

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Hohen Juristischen Fakultät der Kgl. Universität Breslau

eingereicht

von

Ernst Asch

Referendar in Pudewitz

ACAD. LIBR. BIBL.

Posen

Hofbuchdruckerei W. Decker & Co.

1912

Gedruckt mit Genehmigung der juristischen Fakultät der Universität Breslau. Referent: Professor Dr. Gretener. Korreferent Professor Dr. Fischer.

Inhaltsverzeichnis:

Seite.

Einleitung. § 1 1

A. Der Anstiftervorsatz im Allgemeinen

I. Das Wesen der Anstiftung. § 2 3

II. Der Anstiftervorsatz. § 3 9

B. Die einzelnen Abweichungsfälle der Täterhandlung vom Anstiftervorsatz.

I. Bei Identität der anzustiftenden und der angestifteten Person 15

a) Fälle der unbewussten Abweichung 15

1. Irrtumsfälle. § 4 15

2. Sonstige Fälle. § 5 34

b) Fälle der bewussten Abweichung § 6 36

II. Der Fall, dass die anzustiftende und die wirklich angestiftete Person nicht identisch sind. § 7 40

Literatur.

Bar, L. v., Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II Berlin 1907. Bd. III 1909.

Bauer, W., Die akzess. Natur der Teilnahme, Göttingen Diss. Göttingen 1904.

Beling, E., Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Berner, Lehrbuch des deutschen Strafrechts 18. Aufl. Leipzig 1898.

Berolzheimer, H., Die akzessorische Natur der Teilnahme München-Berlin 1909.

Binding, K., Grundriss des deutschen Strafrechts Allg. Teil 7. Aufl. Leipzig 1907.

— Handbuch des Strafrechts I. Leipzig 1885.

— Lehrbuch des gemeinen deutschen Strafrechts. Besond. Teil, Bd. I. Leipzig 1902. Bd. II Abt. I Leipzig 1904.

— Die Normen und ihre Übertretung. 2. Aufl. Bd. I. Leipzig 1890. Bd. II 1. Aufl. Leipzig 1877.

Birkmeyer, Dr. v., Die Lehre von der Teilnahme und die Rechtsprechung des deutschen Reichsgerichts. Berlin 1890.

Böhlau, H., Der Kriminalprozess Rose und Rosahl Weimar 1859.

— Replik in Sachen wider Rose und Rosahl. Goltd. Arch. 8 S. 156 ff. Berlin 1860.

Borchert, Dr. Th., Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für Handlungen dritter, insb. die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft Berlin 1888.

Buri, M. v., Die Kausalität und ihre strafrechtlichen Beziehungen Stuttgart 1885.

— Zur Lehre von der Teilnahme an dem Verbrechen und der Begünstigung. Giessen 1860.

Coenders, A., Strafrechtl. Grundbegriffe, insb. Täterschaft und Teilnahme. Düsseldorf 1909.

Finger, A., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Bd. I, Berlin 1904.

Frank, R., Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 8./10. Aufl. Tübingen 1911.

Freudenthal, B., Die notwendige Teilnahme am Verbrechen Belings strafr. Abhandl. Bd. 7. Breslau 1901.

Geib, G., Über den Einfluss des Irrtums in Bezug auf das Objekt im Strafrecht Asch d. Kriminalrechtes, Neue Folge Halle 1837 S. 560 ff. 1836 S. 36 ff.

— Lehrbuch des deutschen Strafrechts Bd. II Leipzig 1862.

Geyer, A., Teilnahme mehrerer an einem Verbrechen u. Begünstigung. Handbuch d. deutschen Strafrechts, herausg. v. Holzendorff Bd. II Berlin 1871 S. 319 ff.

Goltd. Arch. 7, Berlin 1859 S. 322. Über den Einfluss des Irrtums im Objekt beim Mord u. Anstiftung u. Hilfeleistung an diesem Verbrechen.

Hälschner, H., Der Kriminalprozess gegen Rose und Rosahl. Golt Arch. 7 Berlin 1859 S. 433.
— Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I. Bonn 1881 Bd. II. Bonn 1884.
Heilborn, Der agent provocateur 1901.
Hergt, R., Die Lehre von der Teilnahme am Verbrechen. Heidelberg 1909.
Herzog, Über den Begriff einer strafbaren Handlung u. die Gestaltung der Schuldfrage nach der Reichs-Strafprozessordnung Ger.-S. Bd. 30 S. 294 ff. Stuttgart 1877.
— Über Strafbarkeit u. Straflosigkeit im Sinne d. Reichsstrafgesetzes mit bes. Rücksicht auf die Lehre von der Teilnahme. Ger.-S. S. 435 ff. Erlangen 1872.
Höpfner, W., Über die rechtliche Eigenart von Anstiftung und Beihilfe. Z. St. W. Bd. 26 S. 579 ff. Berlin 1906.
Katzenstein, Der agent provocateur vom Standpunkt des R. St. G. B. Z. St. W. Bd. 31 1901.
Kohler, J., Studien aus dem Strafrecht. Bd. 1. Mannheim 1890.
Korn, M., Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht, insb. der agent provocateur u. der Anstifter bei error in obi. u. aberratio ictus. Göttingen Diss. Göttingen 1902.
Liepmann, M., Einleitung in das Strafrecht Berlin 1900.
Liszt, F. v., Lehrbuch d. deutschen Strafrechts. Berlin 1910. 18. Aufl.
Loewenheim, K., Der Vorsatz des Anstifters nach geltendem Recht Diss. Halle Breslau 1897.
Meyer, H., Lehrbuch des deutschen Strafrechts. 6. Aufl. v. Allfeld Leipzig 1907.
Olshausen, J., Kommentar zum Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 8. Aufl. Berlin 1909, 1910.
Oppenhof-Delius, Das Strafgesetzbuch für das deutsche Reich. 14. Aufl. Berlin 1901.
Rüdorff-Stenglein, Strafgesetzb. für das deutsche Reich. Berlin 1892.
Siegel, C., Verwechselungsfälle bei Anstiftung Göttinger. Dissert Göttingen 1895.
Schütze, R., Lehrbuch des deutschen Strafrechtes auf Grund des Reichsstrafgesetzbuches 2. Aufl. Leipzig 1874.
— Die notwendige Teilnahme am Verbrechen. Leipzig 1896.
Wachenfeld, F., Strafrecht in der Encyclopädie der Rechtswissenschaften von Holzendorff-Kohler. 6. Aufl. Band 2 Leipzig, Berlin 1904 S. 237 ff.

Entwürfe.

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den norddeutschen Bund nebst Motiven und Anklagen. Berlin 1870.
Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch. Berlin 1909.
Gegenentwurf zum Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches von Kahl, Liszt, Lilienthal und Goldschmidt. Berlin 1911.

Einleitung.

§ 1.

In der vorliegenden Arbeit soll der Versuch gemacht werden, eine systematische Zusammenstellung der Fälle zu geben, in denen bei der Anstiftung der Vorsatz des Anstifters sich nicht mit dem deckt, was auf Grund der Anstiftung wirklich ausgeführt wird. Hierbei werden wir in erster Linie die Fälle einer Untersuchung unterziehen, bei denen insoweit der Vorsatz des Anstifters erfüllt wird, als die Person in Tätigkeit tritt, die er anstiften wollte. Weiterhin werden wir jedoch auch den Fall erörtern, dass ein anderer, als der Anstifter dachte und wollte, auf Grund der Tätigkeit des Anstifters die von ihm bezeichnete Tat vornimmt.

In der ersten Klasse von Fällen werden wir weiterhin die verschiedenen Möglichkeiten der Abweichungen von Anstiftervorsatz und Täterhandlung zu betrachten haben und hierbei eine Scheidung vornehmen, je nachdem sich der Täter bewusst oder unbewusst in Widerspruch zu dem Vorsatz des Anstifters setzt.

In der Gruppe der unbewussten Abweichung werden uns zunächst die Fälle des Irrtums, insbesondere der Fall des error in objecto des Täters interessieren, sodann die Möglichkeit, dass der Täter mehr oder weniger tut, als der Anstifter wollte, insbesondere, dass seine Tat nicht über das Stadium des Versuches hinaus gedeiht.

In der Gruppe von Fällen der bewussten Abweichung des Täters von den Anweisungen des Anstifters werden wir die Fälle trennen müssen, in denen der Täter ganz von der Anstiftung abweichendes vollbringt oder doch in gewissem Umfange übereinstimmendes, sei es, dass sein Tun hinter dem zurückbleibt, was der Anstifter wollte, sei es, dass er sein Mandat überschreitet.

Um diese Fülle von Einzelfällen nicht willkürlich zu entscheiden, sondern sie von einheitlicher Grundlage aus zu betrachten, werden wir dem speziellen Teil einen allgemeinen vorauszuschicken haben.

In diesem allgemeinen Teil werden wir die für alle Fälle der Abweichung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung fundamentale Frage zu beantworten haben, ob der Anstifter intellektueller Täter ist oder nicht, ob also Anstiftung eine Form der Täterschaft oder der Teilnahme ist.

Sehen wir die Anstiftung als intellektuelle Täterschaft an, so müssen wir den Angestifteten als Werkzeug in der Hand des Anstifters ansehen. Gehorcht das Werkzeug aus irgend einem Grunde dem Willen des Herrn nicht, so ist der Fall ebenso zu beurteilen, wie wenn jemand einen Flintenschuss auf ein bestimmtes Ziel abgibt, und die Kugel dieses Ziel nicht erreicht. Wir hätten also in allen Abweichungsfällen den typischen Fall der aberatio ictus vor uns und könnten so alle Abweichungsfälle einheitlich entscheiden.

Wir werden jedoch sehen, dass wir diese einfache Lösung mit unserm geltenden Recht nicht in Einklang bringen können. Wir müssen in der Anstiftung Teilnahme an fremder Tat erblicken und, davon ausgehend, feststellen, worauf der Anstiftervorsatz gerichtet ist. Erst wenn wir dies allgemein gelöst haben, können wir an den speziellen Teil der Arbeit herangehen.

A. Der Anstiftervorsatz im allgemeinen.

I. Das Wesen der Anstiftung.

§ 2.

Wie bereits einleitend erwähnt, soll zunächst festgestellt werden, worauf bei der Anstiftung der Anstiftervorsatz sich richtet. Ist Anstiftung intellektuelle Täterschaft, so muss der Anstifter Täter dolus haben. Stiftet er z. B. zum Diebstahl an, so muss er die Absicht der rechtswidrigen Zueignung haben. Ist dagegen Anstiftung Teilnahme an fremder Tat, so könnte der Anstiftervorsatz entweder nur auf Hervorrufen des verbrecherischen Entschlusses beim Täter gerichtet sein oder ausserdem sich auf die geplante Tat des Täters beziehen.

Um diese Frage zu lösen, müssen wir uns also zunächst mit dem Wesen der Anstiftung beschäftigen; wir werden entscheiden müssen, ob der Anstifter mittelbarer Täter oder Teilnehmer an fremder Tat ist.

A. In der Literatur wird mehrfach die accessorische Natur der Anstiftung de lege lata bestritten. Die wichtigsten dieser Schriftsteller seien im folgenden besprochen und widerlegt:

I. In erster Linie ist hier Kohler[1]) zu nennen, er leugnet die Teilnehmernatur der Anstiftung und fasst den Anstifter als intellektuellen Täter auf.

Um die Richtigkeit seiner Ansicht zu beweisen, beruft er sich zunächst darauf, dass die Auffassung der Anstiftung als mittelbarer Täterschaft aus allgemeinen Gründen durchaus haltbar sei. Auf diese Frage braucht hier nicht eingegangen zu werden. Denn bei unserer Erörterung soll es sich nur darum handeln, was positiv im geltenden Recht geregelt ist, nicht was de lege ferenda als wünschenswert erscheint.

[1]) Studien I S. 106 ff.

Der Kernpunkt von Kohlers Ausführungen betrifft die Interpretation des § 48 St. B. G. Aus dem Wortlaut: „wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung“ . . . schliesst Kohler nur: „dass eben ein selbstverantwortlicher und darum strafbarer Täter vorhanden sein muss, welcher sich die Tat als die seine anrechnen muss, weil er die nötigen Reaktionen gegen die erregten Motive unterlassen hat“.

Das Gesetz sage also, dass dem Angestifteten die Tat zuzurechnen sei, sage aber nicht, dass sie nur ihm zuzurechnen sei. Vielmehr sei daneben auch noch der Anstifter Täter.[1])

Gegen diese Auffassung ist zu bemerken, dass hiermit Kohler das Gesetz nicht interpretiert, sondern in den unzweideutigen Gesetzeswortlaut einen fremden Sinn hineinlegt[2]).

Und den Absatz 2 des § 48 „interpretiert“ Kohler in der Weise, es sei nicht gesagt, der Anstifter solle wie der konkrete Täter bestraft werden, sondern „wie einer, welcher die betreffende Handlung realiter begeht.“ Hierbei ist Kohler zuzugeben, dass das Gesetz nicht genau davon spricht, der Anstifter solle wie der konkrete Täter bestraft werden. Aber inhaltlich ist der Gesetzesausdruck gleich: die Strafe des Anstifters ist nach demjenigen Gesetze festzusetzen, welches auf die Handlung Anwendung findet, zu welcher er wissentlich angestiftet hat. Dies ist aber die Handlung des konkreten Täters. Jedenfalls hat das Gesetz mit der Kohler'schen Auffassung, der Anstifter solle als realiter begehender Täter gestraft werden, nicht das Geringste gemein.

Als weiteren Beweis gibt Kohler § 50 St. G. B. an. Der Gedanke der Selbstständigkeit der Anstiftertat erhalte „im § 50 sein Relief.“ Kohler sagt, § 50 exemplifiziere, was in § 48 enthalten sei, für gewisse Fälle noch einmal. Sämtliche Zweifel seien somit abgeschnitten.

---

[1]) Das ist offenbar der Sinn von Kohlers Ausführungen. Das ist schwer erkenntlich, da der Text (S. 111) verstümmelt ist.

[2]) Ebenso Berolzheimer S. 10.

Hier müssen wir jedoch Kohler entgegen halten, dass somit § 50 etwas überflüssiges, bereits aus § 48 hervorgehendes enthalten würden. Da es aber nicht die Art des Gesetzes ist, überflüssiges zu wiederholen, ist zu folgen, dass im Gegenteil § 50 als Ausnahme von der Grundregel des § 48 vom Gesets gewollt ist. Der Hinweis auf § 50 spricht also nicht für, sondern gegen Kohler.

Weiter und vollends fällt jedoch Kohlers Ansicht durch die Überschrift des III. Abschnittes des St. G. B. Teilnahme also Beteiligung an einem fremden Grunddelikte. Mit diesem Gegenbeweis findet sich Kohler leicht ab, indem er behauptet, dass das Gesetz „die Nomenklatur nicht mit wissenschaftlicher Genauigkeit behandeln will!“ (S. 106). Diese Beweisführung bedarf keiner Widerlegung.

Aus allen diesen Gründen ist der Kohlersche Versuch, die accesserische Natur der Anstiftung im geltenden Recht zu leugnen, als missglückt anzusehen.

II. Weiterhin wird die accessorische Natur geleugnet von Herzog. Er kommt auf kompliziertem Wege zu diesem Ergebnis. Vor allem definiert er strafbare Handlungen mittels § 47 als Verbrechenstatbestand nur im Bezug auf objektive Merkmale, während anerkannter Massen die strafbare Handlung auch den subjektiven Tatbestand in sich enthält. Somit kann nach Herzog nicht nur im Falle des § 50 St. G. B., sondern allgemein der Anstifter gestraft werden, wenn in Folge subjektiver Mängel der Angestiftete straflos bleibt; damit würde die accessorische Natur fallen. Da diese Definition der strafbaren Handlung in anderen Fällen nicht zum St. G. B. passt (§ 51 ff), behauptet er, der Gesetzgeber habe mit dem Ausdruck „strafbare Handlungen“ zwei verschiedene Begriffe bezeichnet. Auf diese Ausführungen einzugehen, dürfte sich erübrigen, da sie allgemein als irrig anerkannt sind [1]).

III. Schliesslich wird noch die accessorische Natur der Anstiftung von Hoepfner geleugnet [2]).

[1]) Vgl. die Wiederlegung bei Bauer S. 36/37; Berolzheimer S. 9.
[2]) Vgl. II. 26, S. 586.

Er commentiert § 48 St. G B. dahin, dass die Begehung der strafbaren Handlung durch den Haupttäter zur Bestrafung des Anstifters zwar nötig sei. Damit sei aber nur eine Bedingung der Strafbarkeit aufgestellt, nicht etwa die Accessorität anerkannt. (S. 600).

Gleichwohl gibt Hoepfner zu (S. 604), dass man der Anstiftung accessorischer Natur vom Standpunkt des geltenden Rechts in dem Sinne belegen könnte, dass die genannte Bedingung der Strafbarkeit und die Abhängigkeit des Strafmasses besteht.

Hoepfner sieht also in der Anstiftung nicht eine Teilnahme an fremden Delikt, ebensowenig fasst er sie als intellektuelle Urheberschaft auf. Vergl. Z. 27 S. 469: „Die gegenteilige Ansicht, nach der Anstiftung als mittelbare Täterschaft anzusehen ist. . . . .“ Vielmehr betrachtet Hoepfner die Anstiftung als delictum sui generis (S. 619[1]).

Dieser Auffassung der Anstiftung können wir uns aus folgenden Gründen nicht anschliessen:

1. Der Grundpfeiler der Hoepfner'schen Theorie ist die Annahme, dass im § 48 St. G. B. die Worte „von demselben begangene strafbare Handlung“ eine Bedingung der Strafbarkeit darstellen. Hiergegen ist jedoch einzuwenden, dass unser Gesetz das Vorliegen von Bedingungen der Strafbarkeit in ganz anderer Weise kennzeichnet, als angeblich hier. (Vergl. §§ 102, 103, 139, 170, 172, 210, St. G. B. u. a.) Hier ist ausnahmslos jedesmal ein besonderer Satz eingeschaltet, der die Bedingung der Strafbarkeit enthält.

Gegen diesen Einwand macht Hoepfner geltend, Bedingung der Strafbarkeit sei auch stets der Erfolg — sofern nicht bereits der Versuch strafbar ist —, gleichwohl sei er nicht auf die geschilderte Weise hervorgehoben. Daran ist soviel richtig, dass gewiss ohne Erfolg kein Delikt vorliegt[2]). Damit ist der Erfolg aber nicht zur Bedingung der Strafbarkeit im technischen Sinne erhoben. Unter Bedingung der Strafbarkeit hat man solche

[1]) Eine gleiche Auffassung der Anstiftung findet sich in mehreren neueren Gesetzgebungen, so in Württenberg 1839 Sachsen 1855 und 1868, Bayern 1861.

[2]) Jedenfalls bei den „Erfolgsdelikten“.

Umstände zu verstehen, die, von der Straftat selbst unabhängig, zu ihr hinzutreten müssen, damit die Strafandrohung eintreten kann, z. B. Verbürgung der Gegenseitigkeit[1]). Dagegen gehört der Eintritt des Erfolges zur Straftat selbst. Ohne ihn liegt noch nichts strafrechtlich interessierendes vor — ausser m Fall des strafbaren Versuches.

Da jedesmal die Bedingungen der Strafbarkeit wegen ihrer Wichtigkeit (z. B. für § 59 I) vom Gesetz speziell hervorgehoben werden, muss gefolgert werden, dass wir es bei uns im § 48 mit keiner solchen Bedingung der Strafbarkeit zu tun haben. Vielmehr gehört die vom Angestifteten begangene strafbare Handlung zum gesetzlichen Tatbestande der Anstiftung. Mithin wird Hoepfner seine oben zitierten Zugeständnisse dahin erweitern müssen, dass die Anstiftung accessorisch ist, insofern, als sie in jeder Beziehung, in Strafbarkeit sowie Strafzumessung, von der Tat des Angestifteten abhängt, kurz accessorisch in dem geläufigen Sinne: wo keine Täterschaft, da auch keine strafbare Teilnahme, ganz wie Birkmeyer in dem S. 580 von Hoepfner zitierten Ausspruche es verlangt. — Vor allem kann also in § 48 die „von demselben begangene strafbare Handlung" nicht als Bedingung der Strafbarkeit angesehen werden. Das sei nochmals betont, da uns die bekämpfte Auffassung in anderem Zusammenhange noch beschäftigen wird.[2])

Die weiteren Argumente gegen Hoepfner seien nur kurz angegeben. Was gegen Kohler inbezug auf die Überschrift gesagt ist, gilt auch gegen Hoepfner. Ferner ist auch auffällig, und als merkwürdig von ihm selbst zugegeben, dass sein delictum sui generis, die Anstiftung, im allgemeinen Teil statt im speziellen steht. Darin hat er zwar ein Gegenstück im § 49a, aber mit dem Unterschied, dass § 49a eine spätere Ergänzung ist, die des Zusammenhanges halber in die Lehre von der Teilnahme eingeschachtelt wurde, während kaum anzunehmen ist, dass bei Schöpfung des Strafgesetzbuchs ein derartig grober Systemfehler unterlaufen wäre.

[1]) cf. Liszt S. 196; Frank § 50 No. 6 u. a.

[2]) Vergl. unten S. 10 f.

Somit werden wir auch den Hoepfnerschen Versuch und damit allgemein das Unternehmen, die Accessorität der Anstiftung de lege lata zu bestreiten, als gescheitert ansehen müssen.

B. Wir kommen also zum Ergebnis, dass die Anstiftung nicht als intellektuelle Urheberschaft anzusehen ist. Vielmehr müssen wir de lege lata ihre accessorische Natur anerkennen und in ihr eine Teilnahme an fremder Tat erblicken. Dafür spricht einmal der klare Wortlaut des § 48, der ausdrücklich hervorhebt, dass die Tat von Angestifteten begangen wird, also nicht vom Anstifter. Sodann spricht dafür die Geschichte unseres § 48 St. G. B. Er geht zurück auf das Preuss. St. G. B. vom 14. April 1851, § 34 Nr. 1 und § 35 Abs. 1. Auch damals war bereits die accessorische Natur anerkannt. Um jedoch jedem Zweifel zu begegnen, um der Annahme einer strafbaren, erfolglosen Anstiftung entgegenzutreten,[1]) fand noch die Einschaltung der Worte statt „zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung."

Daher wird abgesehen von dem bekämpften Autoren allseitig die accessorische Natur der Anstiftung anerkannt. So insbesondere vom Reichsgericht in zahlreichen Entscheidungen. (cfr. E. 9 S. 56, (S. 59): „Soviel die strafbare Beihilfe betrifft, ... so hat man die Ansicht — . . . . als die richtige anzuerkennen, dass wegen der accessorischen Natur jener die rechtliche Existenz einer Haupttat zu ihren notwendigen Voraussetzungen gehört — das R.-G. hat sich jener Ansicht . . . konstant . . . angeschlossen . . .; in derselben Weise und aus denselben Gründen sind diese Fragen bei der Anstiftung entschieden worden.[2])

[1]) Vergl. Motive S. 54.

[2]) Ferner E. 25, 38; 25, 424; 31, 395; 37, 171; 38, 26. Eine Zusammenstellung weiterer die Accessorität anerkennender Reichsgerichtsentscheidungen findet sich bei Birkmeyer: Vgl. Darst. allg. Teil, Band II S. 55. Allerdings haben sich früher vereinzelte Entscheidungen zur Auffassung der Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft bekannt, insbesondere E. 4. 377. Wie hier ferner Bar II 616 Frank § 48 II 2, Beling L. v. V. 416 Birkmeyer: Teilnahme S. 144 ff., derselbe vgl. Darst. S. 54 ff., Liszt S. 229, Olshausen § 48 1 u. a.

Wir müssen also davon ausgehen, dass unser geltendes Recht in der Anstiftung nicht eine Form der Täterschaft erblickt, sondern eine Form der Teilnahme. Wir dürfen daher nicht den Anstifter als intellektuellen Urheber ansehen, dürfen nicht den Anstifter-dolus als Täter-dolus auffassen. Wir sind also nicht in der Lage, in allen Fällen der Abweichung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung das Vorliegen einer aberratio ictus anzunehmen und so zu einheitlicher Lösung zu kommen. Vielmehr zwingt uns unser geltendes Recht, die accessorische Natur der Anstiftung anzuerkennen.

Das geben auch alle die zu, die aus allgemeinen Gründen, de lege ferenda der Auffassung der Anstiftung als mittelbarer Täterschaft den Vorzug geben. Diesen legislatorischen Wünschen dürfte deshalb beizustimmen sein, weil eine zu grosse Abhängigkeit des Anstifters von dem Täter nicht wünschenswert ist. Der Vorentwurf ändert an den bestehenden Verhältnissen nichts. Auch er bringt die Anstiftung — mit geringen, hier nicht weiter interessierenden Änderungen — unter der Überschrift Teilnahme. Ausdrücklich weist die Begründung des Vorentwurfs (S. 311) darauf hin, dass an der grundsätzlichen Anerkennung der accessorischen Natur der Teilnahme nichts geändert werden soll.

II. Der Anstiftervorsatz.

§ 3.

Da die Anstiftung im geltenden Recht eine Form der Teilnahme ist, muss der Anstifter Teilnehmervorsatz haben; dass er Tätervorsatz hat, ist dagegen nicht zu verlangen. So braucht, um ein schon genanntes Beispiel zu wiederholen, der Anstifter zum Diebstahl nicht die Absicht der rechtswidrigen Zueignung zu haben.

Worauf nun dieser Teilnehmervorsatz sich richtet, ist in der Literatur bestritten. Eine doppelte Auffassung des Anstifter-dolus ist vertreten:

I. Der Vorsatz des Anstifters richtet sich nur auf Hervorrufung des verbrecherischen Entschlusses beim Täter.

II. Der Vorsatz des Anstifters richtet sich notwendig einmal auf Hervorrufung dieses Entschlusses, sodann auch auf den Erfolg des zu begehenden Deliktes selbst. Im Bezug auf diesen letzten Punke spalten sich wieder die Meinungen.

1. Der Anstiftervorsatz ist nur bedingt auf den Erfolg gerichtet (Bar).

2. Er ist auf den Erfolg unbedingt gerichtet.

A. Wenden wir uns der ersten dieser Ansichten (I) zu. Sie sieht den Erfolg der Anstiftung in der Herbeiführung des verbrecherischen Entschlusses bei dem Angestifteten. Diese Ansicht wird vertreten von Loewenheim.

Er argumentiert, das Gesetz sage, derjenige sei Anstifter, welcher einen anderen zu der von ihm begangenen Tat vorsätzlich bestimmt hat. Danach sei also die Anstiftung die Tätigkeit, durch welche in dem Anzustiftenden der Entschluss, das Verbrechen zu begehen, hervorgerufen werde. Die Erweckung dieses Entschlusses sei nach dem Gesetz der einzige Erfolg der Anstiftung, soweit brauche also nur der Vorsatz des Anstifters zu gehen [1]).

Damit aber, dass anerkannter Massen die Anstiftung nur dann strafbar ist, wenn sie erfolgreich ist, dass also, abgesehen von § 49a, der Versuch der Anstiftung straflos ist, findet sich Loewenheim auf die Weise ab, dass er die Begehung der Haupttat zur Bedingung der Strafbarkeit stempelt.

Wäre die Loewenheimsche Auffassung richtig, so würde auch hier die Entscheidung in allen Fällen der Abweichung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung leicht sein. Denn es würde zur Bestrafung des Anstifters genügen, wenn nur irgendwie der Angestiftete auf Grund der Anstiftung ein Delikt begeht. Ob dieses Delikt der Vorstellung des Anstifters entspricht oder nicht, wäre gleichgültig. Der Angestiftete hätte eine strafbare Handlung begangen, damit also die Bedingung der Strafbarkeit des Anstifters gesetzt.

---

[1]) Vergl. S. 20.

Der Loewenheimschen Auffassung des Anstiftervorsatzes können wir uns aus folgenden Gründen nicht anschliessen:

a) Diese Auffassung beruht auf einer Verkennung dessen, was der Anstifter will. Ihm ist nichts daran gelegen, im Angestifteten nur den Entschluss zu einem Delikte, z. B. einem Diebstahl, hervorzurufen. Sondern er will zugleich, dass der Angestiftete die betreffende Sache nimmt, sei es, dass er den zu Bestehenden schädigen will, sei es, auch dass er auf diese Weise den Angestifteten ins Verderben stürzen will z. B. als agent provocateur.

b) Gegen Loewenheim sprechen ferner einige notwendige Folgerungen aus seiner Definition. Dies sei durch folgenden Fall illustriert: Die A. weiss, dass die schwangere B. sich mit Abtreibungsgedanken trägt. Um zu verhüten, dass die B. diese Gedanken ausführt, also um das Verbrechen der Abtreibung zu verhindern, gibt die A. der B. wissentlich Zucker als Abtreibungsmittel, die B. nimmt den Zucker; dann muss nach Loewenheim die A. trotz ihrer guten Absichten wegen Anstiftung zur versuchten Abtreibung verurteilt werden![1]) — Wir nehmen bei der Anstiftung einen direkt auf den Erfolg gerichteten Vorsatz als nötig an. Somit kommen wir in dem obigen Beispiel zur Straflosigkeit der A. —

c) Wie bereits oben ausführlich erörtert, kann der Fassung des Gesetzes nach die Begehung der Haupttat nicht als Bedingung der Strafbarkeit aufgefasst werden, wie Loewenheim es versucht. Also kann die „von demselben begangene strafbare Handlung" nur Tatbestandsmerkmal der Anstiftung sein. Infolgedessen muss sich der Vorsatz des Anstifters nach § 59 I St. G. B. mit auf die Begehung der strafbaren Handlung beziehen.

d) Die beste Widerlegung des Loewenheimschen Satzes bietet uns aber Loewenheim selbst. Man

[1]) Dieser Tatbestand ist aufgebaut auf der Grundlage einer Reichsgerichtsentscheidung E. 15. S. 315.

vergl. S. 20. „Es braucht der Vorsatz des Anstifters nur die Herbeiführung des verbrecherischen Entschlusses als Erfolg zu umfassen". Und dagegen Seite 35: „Niemals kann man darauf die Behauptung stützen, dass sein Vorsatz die begangene Tat und deren Erfolg mitumfasse. Denn jener verbrecherische Erfolg, auf den sich die Vorstellung des Anstifters miterstreckt (!), ist ja nur ein Bestandteil des Entschlusses des Angestifteten und wird nur unter diesem Gesichtspunkte vom Vorsatz des Anstifters mit umfasst (!). Es ist der Erfolg, den der Angestiftete herbeiführen soll, der Erfolg der vom Angestifteten zu begehenden, keineswegs aber der Erfolg der tatsächlich begangenen Tat". Und schliesslich Seite 37: „Es ist sonach eine ganz richtige Behauptung, dass zum Vorsatz des Anstifters die Kenntnis sämtlicher Tatbestandmerkmale des Verbrechens gehört, auf dessen Begehung die Anstiftung gerichtet ist".

Damit gibt Loewenheim also zu, das sich der Anstiftervorsatz auch auf die Begehung der Tat bezieht. Die Unterscheidung: Vorsatz auf die zu begehende und die begangene Tat ist nicht ganz verständlich. Der Vorsatz kann sich natürlich wie überall, so auch bei der Anstiftung nur auf Zukünftiges beziehen. Das hat wohl niemand bestritten.

Somit ist die Loewenheimsche engere Auffassung des Anstiftervorsatzes zu verwerfen.

B. Aus dem gegen Loewenheim Gesagten ergibt sich bereits, dass sich der Vorsatz ausser auf Herbeiführung des verbrecherichen Entschlusses auch auf den Erfolg richtet.

Hier will Bar (S. 622) eine Einschränkung vornehmen. Der auf den Erfolg gerichtete Vorsatz sei nur ein bedingter; denn der Anstifter „will den Erfolg nur mittelbar und bedingt so, wie er ausgehend vom Täter erscheint und auch nur, falls er vom Täter ausgeht."

Nach dieser Definition könnte man annehmen, dass der Anstifter (A) die Konsequenzen auf sich nehmen

müsste, die durch einen Willensfehler des Angestifteten (B) bei Ausführung der Tat entstehen. A's Vorsatz müsste unberührt bleiben, wenn B. sich im Objekt irrt oder sonst aus irgend welchen Gründen sein Mandat überschreitet. Diese Konsequenzen hat — begreiflicher Weise — Bar nicht gezogen. Er hat z. B. bei Behandlung des error in objekto in seiner Wirkung für den Anstifter seine Definitionen des Anstifter dolus überhaupt nicht benutzt! (cf. S. 679).

Wir können uns daher in der Widerlegung der Bar'schen Ansicht kurz fassen.

Zunächst ist vom Gesetze auszugehen. Anstifter ist, wer einen anderen zu der von demselben begangenen strafbaren Handlung angestiftet hat. Oben sahen wir bereits, dass „die begangene strafbare Handlung" nicht als Bedingung der Strafbarkeit aufgefasst werden kann. Vielmehr gehört sie zum gesetzlichen Tatbestand der Anstiftung Nach § 59, I St. G. B. muss der Vorsatz sich auf alle Tatumstände des gesetzlichen Tatbestandes beziehen; infolgedessen hierauf die begangene Tat. Somit sagt das Gesetz nichts davon, dass sich der Vorsatz auf die Tat nur bedingt bezieht.

Bar begründet seine Auffassung des Anstiftervorsatzes damit, dass er sagt, sie wäre eine Folgerung aus der accessorischen Natur der Teilnahme (S. 622). Die accessorische Natur stehe im Widerspruch zu einem direkt auf die Tat gerichteten Vorsatz. Wir verstehen unter accessorischer Natur den Umstand, dass einmal die Anstiftung nur bei Vorliegen der Haupthandlung strafbar ist und ferner, dass Anstiftung nicht mittelbare Täterschaft ist. Wieso hierin ein Widerspruch gegen die Möglichkeit eines direkt auf den Erfolg gerichteten Vorsatzes besteht, ist nicht ersichtlich. Auch hat sich Bar mit der blossen Konstatierung dieses Widerspruches begnügt.

Ferner verkennt auch Bar die Absichten des Anstifters. Der Anstifter hat ein Endziel. Es soll — zu irgend welchem Zwecke — das Delikt, zu dem er angestiftet, zur Ausführung gelangen; solche vage Gedanken, es solle das Delikt so vor sich gehen, wie es auf Grund der Anstiftung

im Hirn des Täters verarbeitet und demgemäss ausgeführt in Erscheinung tritt, kommen ihm nicht.

Aus diesen Gründen lehnen wir die Bar'sche Einschränkung ab.

Der auf den Erfolg der Tat gerichtete Vorsatz des Anstifters ist nicht ein bedingter, sondern unbedingt.

2. Unser Ergebnis ist daher, dass der Vorsatz des Anstifters eine doppelte Richtung hat. Er muss darauf gehen, in dem Angestifteten einen deliktischen Entschluss zu erwecken.

Der Anstiftervorsatz muss zweitens direkt, unbedingt auf Begehung der Tat gerichtet sein. Das folgt aus all dem bisher gesagten, vor allem aber daraus, dass die „begangene strafbare Handlung" zum gesetzlichen Tatbestande der Anstiftung gehört.[1])

[1]) Ebenso die herrschende Meinung, insbesondere Binding Grundriss Bd. I S. 170; Frank § 48 III; Liszt S. 229; Finger I S. 346 E. 15, 315.

B. Die einzelnen Abweichungs-Fälle.

1. Bei Identität der anzustiftenden und der angestifteten Person.

a) Fälle der unbewussten Abweichung.

1. Irrtumsfälle.

§ 4.

Nachdem im ersten Teil dieser Arbeit festgestellt worden ist, worauf sich der Vorsatz des Anstifters richtet, wenden wir uns der Erörterung zu, welche Wirkung auf den Anstifter solche Umstände haben, die bewirken, dass die Tat des Angestifteten nicht dem Vorsatz des Anstifters entspricht.

Gemäss den in der Einleitung angegebenen Grundsätzen behandeln wir zunächst nur die Fälle, in denen die Person in Aktion tritt, welche der Anstifter in Bewegung setzen wollte. Den Fall, dass ein anderer als der, an den sich der Anstifter wandte, die Tat vollführt, scheiden wir vorläufg aus.

Innerhalb der übrig bleibenden Fälle behandeln wir zunächst die Möglichkeiten, dass der angestiftete unfreiwillig von den Weisungen des Anstifters abweicht. Dies ist möglich vor allem in den Fällen des Irrtums des Täters (error in obiecto, aberratio ictus u. a.).

I. Der Fall des error in objecto:

Der Täter verwechselt das Objekt seines Deliktes mit einem anderen Objekt und vollzieht an diesem seine deliktische Handlung. Ehe die Wirkung eines derartigen Irrtums im Objekt auf den Anstifter geprüft werden kann, müssen wir feststellen, welche Wirkungen der Irrtum im Objekt auf den Täter ausübt.

A. Wirkung des error in objecto auf den Täter.

Geschichtlich ist zu dem Fall des error in objecto zu bemerken, dass er bereits den Römern geläufig war,

die ihm keine den Vorsatz ausschliessende Bedeutung zuerkannten cf. 1.18 § 3 D. 47, 10: Si iniuria mihi fiat ab eo, cui sim ignotus, aut si quis putet, me Lucium Titium esse, cum sim Gaius Seius: praevalet, quod principale est, iniuriam eum mihi facere velle.

Später bildete der error in obiecto einen bekannten Schulfall der Glossatoren und Postglossatoren. In der weiteren Rechtsentwicklung finden wir ihn in mehreren Gesetzgebungswerken positiv geregelt, z. B. in dem Hamburger Stadtrecht von 1605 IV 21, ferner im bayerischen Codex Maximilianeus von 1751 I 1 § 30 cf. schliesslich A. L. R. II. 20 § 807, Braunschweig 1840 § 828, Baden 1845/51 § 100 ua.

Neu belebt wurden die Untersuchungen durch den bekannten Fall Rose und Rosahl: Rosahl stiftet im Jahre 1855 seinen Angestellten Rose an, den Schliebe, dem Rosahl Geld schuldete, zu ermorden. Rose lauert im Hasengarten bei Halle auf Schliebe, der die Chaussee des Wegs kommen soll. Unglücklicher Weise erscheint der Gymnasiast Harnisch und wird von Rose erschossen. Das auch in der höheren Instanz bestätigte Schwurgerichtsurteil lautete gegen Rose auf Todesstrafe wegen vorsätzlichen überlegten Mordes, gegen Rosahl ebenfalls auf Todesstrafe wegen Anstiftung und Beihilfe zu diesem Delikte.

Bei der Erörterung der Wirkung des error in obiecto für den Täter findet in der modernen Literatur eine Betrachtung des Falles von zweierlei Gesichtspunkten aus statt:

1. Man behandelt den Fall des error in obiecto für sich allein.
2. Es findet eine Unterstellung des error in obiecto unter einheitliche Regeln über den Irrtum statt.

Wenden wir uns der ersten Gruppe der Schriftsteller zu.

Hier sind zunächst die Meinungen zu besprechen, die zu einer Bestrafung des Täters wegen vorsätzlichen Deliktes kommen.

1. Die Theorie des generellen Dolus.

Würde etwa ein Dieb eine bewegliche Sache a stehlen wollen, sich aber in der Aufregung irren und die bewegliche Sache b ergreifen, so würde diese Theorie zu einer Bestrafung des Diebes wegen vorsätzlichen Diebstahls auf folgende Weise kommen: Der Dieb hatte den Vorsatz, die Sache a zu stehlen. Das Gesetz (§ 242 St. G.B.) spricht nicht von der Sache a oder b, sondern allgemein von beweglicher Sache. Die Sache a ist eine bewegliche Sache; also hatte der Dieb den Vorsatz, eine bewegliche Sache zu stehlen. Er stiehlt tatsächlich die Sache b, auch eine bewegliche Sache.

Infolgedessen hat er auf Grund des Vorsatzes, eine bewegliche Sache zu stehlen, eine bewegliche Sache erhalten. Sein Vorsatz war also auf den eingetretenen Erfolg gerichtet.

Somit ist den Erfordernissen zur Bestrafung des Diebes wegen vorsätzlichen Deliktes genüge getan.

Diese Theorie wird vertreten in den Gründen des Schwurgerichtsurteils in Sachen Rose und Rosahl. Dort heisst es: „Der Irrtum, in welchem sich Rose über die Person des Getöteten befunden hat, kann ihm nicht . . . zur Entschuldigung . . . dienen, weil das Gesetz die Tötung jeder Person . . . mit der Strafe bedroht, (cf. GOLTD. A. 7 S. 325)".

Ebenso argumentierte der Staatsanwalt im Prozess Rose und Rosahl[1]). Desgl. die Entscheidung des Obertribunals vom 5. Mai 1859[2]).

Ferner spricht Hälschner[2]) von einer „pseudojuristischen Ansicht" zu glauben, zum Tatbestand der Tötung gehört nicht bloss die Tötung eines Menschen, sondern die Tötung des A.[3]).

Die Argumentation dieser Theorie erscheint als ganz einleuchtend, beruht jedoch auf einem Grundfehler.

[1]) Vergl. Böhlau S. 6.

[2]) Vergl. Goltd Arch. 7, S. 335.

[3]) Vergl. ferner Hälschner Lehrbuch Bd. I, S. 267. Wenn Siegel S. 6 behauptet, diese Ansicht sei jetzt „fast einstimmig angenommen", so ist das irrig.

Dieser besteht darin, dass sie dem Täter einen generellen Dolus unterschiebt, den dieser weder hat, noch haben kann. Es ist möglich, dass jemand damit umgeht, die Sache Y zu zerstören, den X zu töten. Auch der Vorsatz ist möglich, alle Menschen, die sich unter den Umständen X befinden, zu töten, z. B. alle aus dem vergifteten Brunnen trinkenden, alle Passagiere eines Schiffes durch Versenken dieses Schiffes. Aber der Dolus, Menschen zu töten, die Menschheit auszurotten, kann, wie Binding richtig bemerkt, nur einem Narrenhirn entspringen.

Somit ist es irrig, wenn die bekämpfte Meinung sagt, wer den A. töten will, habe dabei den generellen Dolus, einen Menschen zu töten[1]).

Abgesehen davon wäre selbst dann, wenn ein solcher Dolus denkbar wäre, es eine Ungerechtigkeit, diesen Dolus dem Täter zuzuschieben. Denn offenbar enthält der Dolus, einen Menschen zu töten, oder das genus Mensch zu töten ein Plus gegenüber dem spezialisierten Dolus, den A oder den B zu töten. Aus all diesen Gründen, ist die von Hälschner und anderen vorgeschlagene Behandlung des error in obiecto irrig und abzulehnen.

2. Auf anderem Wege sucht die Willenswandlungstheorie die Bestrafung des Täters wegen vorsätzlichen Deliktes im Fall des error in obiecto zu ermöglichen:

Der Dieb hatte in unserm Fall, bevor er vor der Sache B stand, den Vorsatz, die Sache A zu stehlen. Als er aber vor der Sache B stand, hatte er jedenfalls den Vorsatz, die vor ihm liegende Sache zu stehlen.

[1]) Dies wird gut erläutert durch Ausbauung eines Bar-Hälschnerschen Beispiels (Bar Bd. II, S. 265). Jemand will in Braunschweig den Zug nach Berlin besteigen, steigt aber in den Kölner Zug. Dem Mann würde die Theorie des generellen Dolus sagen: Du hattest den Vorsatz nach Berlin zu fahren; nach Berlin fährt man mit der Bahn. Also hattest du den Vorsatz überhaupt mit der Bahn zu fahren. Auch nach Köln fährt man mit der Bahn; auf Grund des Vorsatzes mit der Bahn zu fahren, bist du mit der Bahn gefahren, die nach Köln fuhr. Also hattest du den Vorsatz nach Köln zu fahren.

Diesen Vorsatz führte er aus, indem er die Sache nahm; also hat er einen vorsätzlichen Diebstahl begangen.

Auch hier seien die Vertreter dieser Meinung aufgeführt:

Böhlau[1]). „Es ist die Tötung des Harnisch" eine vorsätzliche . . ., weil Rose sich, als er auf der Lauer lag, entschloss, das des Wegs daher kommende Individuum zu töten[2])". Auf dem gleichen Standpunkt steht offenbar auch das Reichsgericht, vergl. E. 18. 338 in einem ähnlichen Falle: Es wollte der Täter „als er auf den statt des S vor ihm schlafenden H schoss, den vor ihm liegenden Mann töten, woran nichts ändert, dass er in ihm . . . den S töten wollte"[3]).

Dieselbe Ansicht vertritt ferner Finger[4]) (auf den Fall Rose Rosahl angewandt) „die zwischen Schliebe und Harnisch unterlaufene Verwechselung hat bei Entstehung des normwidrigen Willens eine Rolle gespielt; der fertige Wille richtet sich gegen Harnisch und die ausgeführte Tat entspricht durchaus dem Willen[5]).

Diese Auffassung kommt also stets zur vorsätzlichen Bestrafung, natürlich vorausgesetzt, dass das getroffene Objekt und das zutreffende rechtlich gleichwertig sind. Sonst (Tötung eines Menschen statt eines Hundes) würde der Tätervorsatz auf Grund von § 59 I St. B. G. entfallen.

Jedoch auch diese Auffassung ist irrig. Sie beruht auf dem fundamentalen Fehler, dass durch den Irrtum der Wille des Täters irgend wie verändert wird. Dies trifft nicht zu. In unserem Falle ist der Wille des Täters, die Sache A zu stehlen, in keinem Augenblick verändert worden. Auch dann noch, als er die Sache B

[1]) Vergl. S. 13.

[2]) Daneben nimmt Böhlau noch realiter konkurrierend Versuch des Mordes an Schliebe an. Der Grund für diese Annahme liegt in einer unzulässigen Zerreissung der Handlung des Täters und einer falschen Abgrenzung der Vorbereitungshandlung gegen den Versuch. Böhlau sah in dem Auflauern bereits einen Anfang der Ausführung des Mordes.

[3]) Ebenso E 19 S. 179.

[4]) Vergl. Lehrbuch I S. 254.

[5]) Ebenso Meyer-Allfeld S. 145, 10a u. a.

aufhob, wollte er die Sache A aufheben. Man kann also nicht von einer Wandlung des Willens oder Entstehung eines anderen verbrecherischen Willens (Finger) sprechen.

Ausgezeichnet erläutert diese Ausführungen ein bereits erwähntes Beispiel von Hälschner[1]). Jemand besteigt irrtümlich in Braunschweig den Kölner Zug. Böhlau und seine Anhänger würden diesem Manne nun sagen: Du hattest vor Einsteigen den Willen, nach Berlin zu fahren, beim Einsteigen hattest Du den Willen, dahin zu fahren, wo der Zug hinfährt, also nach Köln, Böhlau würde ihn also „belehren müssen, dass er sich eigentlich irrt, wenn er meint, sich geirrt zu haben".

Aus diesen Ausführungen geht schlagend hervor, dass die bekämpfte Ansicht auf einem Irrtum beruht, insofern sie annimmt, dass der Wille, die Absicht des Täters, durch den error in obiekto irgend wie verändert wird. Jedoch wird zuzugeben sein, dass B in dem Augenblick, als er die Sache b aufhob, die Vorstellung hatte, die vor ihm liegende Sache zu stehlen. Oder im Falle Rose Rosahl, dass Rose bei Abgabe des Schusses die Vorstellung hatte, den vor ihm stehenden Mann zu töten.

Scheidet man — wie früher nach der Vorstellungstheorie — jedes Wollen aus dem Vorsatz aus, so wird man bei Rose Rosahl zur Annahme einer vorsätzlichen Tötung kommen können. Anders im Falle des Diebstahls, bei dem Absicht gefordert wird. Man käme also zu verschiedenen Ergebnissen in Bezug auf den dem allgemeinen Teil des Strafrechts angehörenden error in obiecto, je nachdem im besonderen Teil Absicht oder Vorsatz gefordert wird. Ein unbefriedigendes Ergebnis! Anders nach der modernen Willens- und Vorstellungstheorie, die sich nur noch nominell von einander unterscheiden.[2])

Nach ihnen würde auch in den Fällen des speziellen Teils, in denen nur Vorsatz gefordert wird, dieser durch den error in obiecto ausgeschlossen werden.

---

[1]) Vergl. Goltd Arch. Bd. 7 S. 440.

[2]) cf. Liepmann S. 139, Liszt S. 176 (terminologischer Streit), Frank § 59 I (formeller Gegensatz) u. a.

Auf diese Weise ist es also nicht möglich, das entschieden dem Gerechtigkeitsgefühl entsprechende Resultat, Bestrafung wegen vorsätzlichen Deliktes, zu erreichen.

Da man — bei Betrachtung des error in obiecto für sich allein — nicht zur Bestrafung wegen vorsätzlichen Deliktes kommen konnte, wurde ganz mit Recht gefolgert, dass beim error in obiecto in Bezug auf das wirklich getroffene Objekt nur von Fahrlässigkeit geredet werden kann. So zerlegt Geib[1]) beim error in obiecto das Delikt des Täters in fahrlässige Begehung an dem tatsächlich verletzten Objekte und ausserdem in einen vorsätzlichen Versuch an dem erstrebten Objekt. Für diesen Versuch war allerdings das getroffene Objekt (die Sache b) untauglich. Jedoch würde ein derartiger untauglicher Versuch nach der herrschenden Meinung zu bestrafen sein.

Trotzdem diese Lösung — im Rahmen der bisherigen Betrachtungsweise — die einzige logisch richtige ist, fand sie keine Anhänger. Augenscheinlich gefiel, und mit Recht, das Resultat nicht. Und offenbar aus demselben Grunde zog sich der Vater dieser Theorie, Geib, selbst zurück und erklärte sich für Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung.[2])

Auch wir halten das Resultat für schlechterdings praktisch unbrauchbar. Der Grund, aus dem wir zu diesem unerquicklichen Ergebnis kommen, ist darin zu finden, dass wir in unserer bisherigen Betrachtung den einen Spezialfall des Irrtums, den error in obiecto, aus dem Zusammenhang herausrissen und zum Gegenstand unserer Untersuchung machten, dass wir ihn nicht den Regeln unterzuordnen suchten, die unser Gesetz allgemein für den Irrtum gibt. Kurz, dass wir den Sinn und Geist unseres Strafgesetzes nicht auch auf den Fall des error in obiekto übertragen haben.

3. Welche Grundsätze gibt uns nun unser Strafrecht zur Behandlung des Irrtums? Wir finden nur wenig positiv geregelt. Doch müssen wir mit diesem wenig vor-

[1]) Archiv des Kriminalrechts, insbesondere S. 46 ff.
[2]) Lehrbuch Bd. II S. 273.

lieb nehmen und die übrigen Fragen den Grundsätzen unterstellen, die sich aus dem gesetzlich geregelten ergeben. Unser positives Material ist folgendes: Der Irrtum über „Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören" schliesst den Vorsatz aus, und ebenso der Irrtum über straferhöhende Umstände. § 59 I. St. G. B.

In dem Normalfalle des error in obiecto, nämlich dann, wenn die betreffenden Objekte rechtlich gleichwertig sind, irrt sich der Täter über die zum gesetzlichen Tatbestand gehörenden Umstände nicht.[1]) Dieser Normalfall soll im folgenden stets als vorliegend vorausgesetzt werden. Wären die getroffenen Objekte rechtlich nicht gleichwertig (Tötung eines Menschen statt eines Hundes), so könnte selbstverständlich von vorsätzlicher Begehung nicht die Rede sein — ausser etwa bei dolus eventualis. —

Auch um einen strafschärfenden Umstand handelt es sich nicht beim Irrtum im Objekt. Die diese merkwürdige Regel enthaltende Bestimmung A. L. R. II 20 § 807 ist längst überwunden.

Also über unsern Fall schweigt das Gesetz; ebenso steht es mit den Fällen der aberratio ictus u. a.

a) Unser Ziel, diese Fälle gemeinsamen, der Regel des § 59 Abs. I entsprechenden Grundsätzen zu unterwerfen, hat zuerst Liszt zu erreichen versucht. Er stellt (S. 182) folgende Regel auf: Wesentlich und den Vorsatz deshalb ausschliessend ist ein Irrtum dann, „wenn den Täter die Vorraussicht des tatsächlichen Verlaufes von der Begehung der Tat abgehalten haben würde."

Betrachten wir zunächst die Ergebnisse dieses Satzes, ehe zum Versuch einer Widerlegung geschritten werden soll. Unser Dieb hätte die Sache b liegen lassen, wenn er gewusst hätte, dass sie nicht die Sache a war. Das dürfen wir annehmen. Rose hätte nie den Harnisch getötet, wenn er ihn nicht mit Schliebe verwechselt hätte. Also ist nach Liszt in allen diesen Fällen die Annahme eines vorsätzlichen Verbrechens ausgeschlossen.

Es könnten die Täter besten Falles wegen fahrlässiger Tötung mit idealiter konkurrierendem Tötungs-

[1]) Der strikte Beweis für die Behauptungen erfolgt unten (b).

versuch (am untauglichen Objekt) resp. bei Diebstahl nur wegen Diebstahlversuches bestraft werden — recht unbefriedigende Ergebnisse.

Und wie[1]) würde Liszt den Raubmörder bestrafen, der den Ermordeten überfiel, nur um ihm Geld abzunehmen, und nun kein Geld vorfindet? Sollte hier der Lisztsche Satz auch Anwendung finden, und damit Bestrafung wegen Mordes fortfallen.

Suchen wir nunmehr den Lisztschen Satz zu widerlegen.

a) Liszt kommt zu ihm durch analoge Anwendung von § 119 B. G. B. Und wie war es vor 1900? War da der error in obiecto anders zu behandeln? Ist es überhaupt zulässig, ausser auf gemeinsamen Gebieten (Notwehr) das Zivilrecht zur Erläuterung des Strafrechtes heranzuziehen? Das dürfte zu verneinen sein.

b) Liszt steht mit dem St. G. B. in Widerspruch. Wir bestrafen den Versuch, und doch würde kein Einbrecher, kein Mörder, dessen Tat im Stadium des Versuchs stecken geblieben ist, die Gefahren der Tat auf sich genommen haben, wenn er gewusst hätte, dass seine Handlung nicht zum Ziele führt.

c) Liszt steht mit sich selbst im Widerspruch. Er stellt die Regel auf, dass Bewusstsein der Rechtswidrigkeit nicht zum Vorsatz erforderlich ist (S. 184). Dabei wäre es die notwendige Konsequenz des Lisztschen Satzes gewesen, dass Irrtum über die Rechtswidrigkeit dann dem Täter zu Gute kommt, wenn er bei Kenntnis der Rechtswidrigkeit nicht gehandelt hätte.

d) Die unerquicklichen Ergebnisse sind bereits erwähnt. Was die praktische Durchführung des Lisztschen Satzes anbetrifft, so dürfte es in vielen Fällen schwer sein, nachträglich festzustellen, wie der Verbrecher gehandelt hätte.

Aus all diesen Gründen ist der Lisztsche Satz abzulehnen.

b. Das richtige dürfte sein, unmittelbar von dem Gesetze auszugehen. Für die Beantwortung der Frage, wann der

[1]) Vergl. Bar Bd. II S. 367.

Irrtum wesentlich ist, kommt es nicht darauf an, was der Täter, sondern was das Gesetz für wesentlich erachtet. Was dies ist, sagt es uns im § 59 Abs. I. Wesentlich ist der Irrtum, wenn er sich auf „Tatumstände" bezieht, welche „zum gesetzlichen Tatbestande gehören" (der andere Fall interessiert hier nicht). Diesen Irrtum hält das Gesetz für wesentlich, aber auch nur diesen. Alle übrigen Irrtümer berücksichtigt das Gesetz nicht.

Für uns erhebt sich somit die Frage: fällt der error in objecto unter den dem Gesetz wesentlichen oder unwesentlichen Irrtum, d. h. fällt er in die Klasse des Irrtums über zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Tatumstände. Diesen Begriff werden wir feststellen müssen, um unsere Frage zu entscheiden.

Auf die Frage, ob der gesetzliche Tatbestand identisch ist mit allgemeinem und besonderem Tatbestand, oder nur mit besonderem Tatbestand, brauchen wir nicht einzugehen. Sie wird wohl im Sinn der ersten Alternative zu bejahen sein. Dies ist vor allem von Wichtigkeit für die hier nicht weiter interessierende Frage des Bewusstseins der Rechtswidrigkeit.

2. Was meint das Gesetz mit Tatumständen?

a) Das ergibt die einfache Worterklärung: Tatumstände sind Umstände der Tat. Der Gegensatz wären Umstände des Täters. Tatumstände sind also alle objektiven Eigenschaften der Tat, nicht dagegen deren subjektive.

b) Dieses Ergebnis wird bestätigt durch den Sinn unseres Gesetzes. Man betrachte § 211 (Mord). Hier ist im besonderen Gesetzes-Tatbestand gefordert, der Täter müsse „mit Überlegung" gehandelt haben. Ist es hier möglich, dass der Täter einwendet, er habe bei der Tat geglaubt, ohne Überlegung gehandelt, also nur einen Totschlag begangen zu haben? Das ist zu verneinen. Sowie der Täter über die subjektiven Momente nachdenkt, liegt Überlegung vor.

Oder ein Fünfzehnjähriger begeht ein Delikt. Das Gericht hält es für erwiesen, dass er die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht bei der Tat besass.

der Täter selbst aber behauptet, im Glauben gewesen zu sein, sie nicht besessen zu haben. Oder schliesslich: ein Täter erklärt, sein Handeln nicht für vorsätzlich, sondern nur für fahrlässig gehalten zu haben. Das wäre in beiden Fällen ein Unding; ein Irrtum über die subjektiven Momente ist regelmässig undenkbar. Doch auch in den wenigen Ausnahmefällen, in denen man sich einen derartigen Irrtum vorstellen kann, wäre seine Berücksichtigung widersinnig. So im folgendem Fall: Jemand glaubt bei Begehung eines Deliktes geisteskrank zu sein, ist es aber nicht. Mit Recht wird wohl allgemein verneint, dass dieser Irrtum des Täters die vorsätzliche Begehung ausschliesst.[1])

Wir gewinnen also den Satz, dass nur ein Irrtum des Täters über die objektiven Verbrechensmerkmale im § 59, 1 vom Gesetz für wesentlich, die vorsätzliche Begehung ausschliessend erklärt ist.

Die objektiven Tatbestandsmerkmale des Diebstahls sind: rechtswidrige Wegnahme einer fremden beweglichen Sache; über keines dieser objektiven Merkmale irrt sich unser Dieb; denn er wusste, dass die Sache, die er nahm, eine fremde bewegliche war. Also hält das Gesetz seinen Irrtum für unwesentlich. Der error in objekto schliesst die Zurechnung zum Vorsatz nicht aus.

Unsere Methode, zu diesem Resultat zu kommen, erinnert an die Theorie von Hälschner u. a. Es besteht aber ein wesentlicher Unterschied zwischen uns und ihm.

Hälschner glaubt, aus der Tatsache, dass das Gesetz nur Wegnahme einer fremden beweglichen Sache fordert, folgern zu dürfen, dass, wer eine bestimmte Sache wegnehmen will, damit den generellen dolus hat, eine fremde bewegliche Sache wegzunehmen.

Das leugnen wir. Wir sagen, unser Gesetz verlange nur, dass dass Objekt, auf welches sich der Vorsatz des

[1]) cf. z. B. Binding: Grundriss S. 109: § 59 ist nicht auf den Tatumstand vorhandener Vorsätzlichkeit und Überlegung mit zu beziehen. Meyer-Allfeld S. 132: „Es bezieht sich die subjektive Verschuldung nur auf auf die objektive Seite des Deliktes" cf ferner Finger I S. 247 8. Beling: Lehre vom Verbrechen S. 188; Frank § 59 III, II u. a.

Täters richtet, sich in rechtlicher Qualifizierung als fremde bewegliche Sache darstellt. Ist Vorsatz mit dieser Richtung vorhanden, so ignoriert unser Gesetz, gestützt auf § 59, I, die Abweichung, wenn ein anderes Objekt mit gleicher rechtlicher Qualifizierung getroffen wird.

Während Hälschner sagt, der Vorsatz des Täters richte sich — kraft des generellen dolus — gegen das wirklich getroffene Objekt, bestreiten wir dies. Vielmehr erkennen wir an, dass der Dolus auf das erstrebte Objekt und nur auf dieses gerichtet war. Jedoch versagen wir dieser Abweichung rechtliche Bedeutung gestützt auf den Satz: Der Irrtum des Täters ist nur dann wesentlich, wenn ihn das Gesetz für wesentlich hält. Mit diesem — einfachen — Satz lösen wir leicht die Schwierigkeiten auch der übrigen Irrtumsstreitfragen, so der aberratio ictus, des dolus generalis von Weber u. a.

Der Hauptvorzug unseres Satzes besteht darin, dass er überall zu praktisch verwertbaren Resultaten führt.

Ziehen wir nochmals die Konsequenzen für den Fall des error in objecto, so ergibt sich: Der Irrtum im Objekt ist unwesentlich, schliesst die Bestrafung des Täters wegen vorsätzlicher Begehung nicht aus, es sei denn, dass das zu treffende und das getroffene Objekt nicht rechtlich gleichwertig (äquivalent) ist.

Fehlt die Äquivalenz, so scheidet Bestrafung wegen vollendeten, vorsätzlichen Deliktes aus. Vielmehr liegt vor: Vollendete fahrlässige Begehung an dem einem Objekt — soweit Fahrlässigkeit anzunehmen ist — mit idealiter, konkurrierender, versuchter Begehung an dem andern Objekt — Versuch am untauglichen Objekt.

B. Wirkung des error in objecto auf den Anstifter.

I. Nachdem die Wirkung des error in objecto auf den Täter geprüft worden ist, wenden wir uns der Frage zu, wie dieser Umstand auf den Anstifter wirkt, ob der Anstifter strafbar ist, wenn infolge eines error in objecto die Tat des Angestifteten vom Vorsatz des Anstifters abweicht. In der Geschichte finden wir eine derartige Kombination von Anstiftung und error in objecto bei den Römern noch nicht.

Die erste Erörterung dieses Falles finden wir im späten Mittelalter bei Tiberius Decianus 1501[1]) tractatus criminalis lib. 9 cap. 36 n. 9 „Si iussi occidi Cajum et tamen occisus fuerit Sejus, ego teneor, quia incumbebam rei illicitae, praecedente dolo, licet non poena ordinaria, sed arbitraria propter culpam. Ebenso: Prosp. Farinacius (1613): . . . tenetur . . . mitiori (poena) arbitrio iudicis.

Eine positive Regelung enthält, das Bayrische Strafrecht von 1813 art. 47. „Einem Urheber durch Befehl, Auftrag u. dgl. ist nicht nur diejenige Tat zuzurechnen, worauf dessen Willenserklärung gerichtet war, sondern auch . . . jedes Verbrechen, welches als Folge aus der übertragenen Handlung entstanden ist, soweit es dem übertragenden zuzurechnen wäre, wenn er selbst diese Handlung ausgeführt hatte". Desgleichen Oldenburg 1814 § 69, Sachsen 1838 u. a.

Das preussische Recht und mit ihm unser St. G. B. enthielt sich zur Vermeidung von Härten jeder positiven Regelung.

Der klassische Fall für diese Kombination von Anstiftung und Irrtum am Objekt ist der schon genannte Fall Rose und Rosahl, an dessen Entscheidung sich eine umfangreiche Literatur anschliesst.

Wie dieser Fall für den Anstifter (Rosahl) zu beurteilen ist, folgt leicht und in gleicher Weise aus dem, was zur Beurteilung des error in objecto für den Täter (Rose) oben ausgeführt wurde.

Wir fanden, dass sich der Täter beim error in objecto im Objekt irrt, ohne dass dieser Irrtum bei Äquivalenz der Objekte rechtsbedeutsam ist. Ebenso steht es mit dem Anstifter. Vorsatz und Wille des Rosahl war bei Anstiftung des Rose darauf gerichtet, dass Schliebe getötet würde. Rosahl glaubte, dass seine Anstiftung den gewollten Erfolg herbeiführen würde, die Tötung dieses Mannes. Statt dessen wird der Gymnasiast Harnisch getötet. Also irrte sich Rosahl über die Wirkung seiner Anstiftung.

[1]) cfr. Siegel: Verwechslungsfälle.

Es fragt sich, ob trotz des Irrtums Rosahl wegen vorsätzlicher Anstiftung zur Tötung des Harnisch zu bestrafen ist? Die Antwort darauf gibt uns unsere allgemeine Regel über die Behandlung des Irrtums: der Irrtum ist nur dann wesentlich, wenn ihn das Gesetz für wesentlich hält. Also bei Anstiftung ist der Irrtum nur dann von Bedeutung, wenn er sich auf zum gesetzlichen Tatbestand gehörende Tatumstände erstreckt. (§ 59 I.

1. Rosahl musste wissen, dass die von Rose zu begehende Tat eine strafbare Handlung ist. Rosahl hat den Rose zur Begehung eines Mordes an Schliebe angestiftet. Rose hat einen Mord an Harnisch vorgenommen. Beide Handlungen erscheinen in rechtlicher Qualifizierung als strafbare Handlungen. Daher ignoriert das Gesetz den Irrtum des Anstifters.

2. Es müssen ferner die begangenen und die zu begehenden strafbaren Handlungen, auf die sich der Anstifterversatz richtet, rechtlich gleichwertig (äquivalent) sein. Würde Rosahl den Rose anstiften, einen fremden Hund zu erschiessen, und Rose erschiesst daraufhin versehentlich einen Menschen, so würde eine Abweichung zwischen dem eingetretenen und dem gewollten Erfolg vorliegen, die das Gesetz nur wesentlich hält. Eine derartige rechtliche relevante Abweichung liegt aber hier nicht vor, denn das Gesetz bestraft die Tötung des Harnisch ebenso wie die Tötung des Schliebe.

Somit kommen wir zu dem Ergebnis, dass der Anstifter trotz des Irrtums über die Wirkung seiner Anstiftung wegen vorsätzlicher Anstiftung zu bestrafen ist. Also, dass der error in objecto des Täters weder beim Täter noch beim Anstifter die vorsätzliche Begehung ausschliesst, vorausgesetzt, dass Äquivalenz der Objekte vorliegt.

Fehlt die Äquivalenz, so kann der Anstifter wegen Anstiftung nur zu im Versuchsstadium stecken gebliebenen Tat bestraft werden, ein Fall, der von uns als besonderer Abweichungsfall von Anstifterversatz und Täterhandlung extra besonders zu behandeln ist. Eine Bestrafung wegen Anstiftung zu der eventuell im Fall des Fehlens der

Äquivalenz vorhandenen fahrlässigen vollendeten Begehung des Täters ist ausgeschlossen, da unser Gesetz nur vorsätzliche Anstiftung zu vorsätzlichem Tun bestraft[1]).

II. Im folgenden sei noch eine kurze Übersicht und Kritik der Behandlung unseres Falles in der Literatur gegeben.

A. Und zwar nennen wir zunächst diejenigen Schriftsteller, welche zur Ablehnung unseres Resultates kommen.

1. Liszt, der wie wir mit der allgemeinen Regel des Irrtums arbeitet, muss seiner abweichenden Formel gemäss zu anderen Resultaten kommen[2]).

Da nach seiner Ansicht das wesentlich ist, was dem Täter als wesentlich erschienen wäre, so muss Liszt im Fall Rose—Rosahl annehmen, dass der Vorsatz des Rosahl nicht auf die begangene Tat zu beziehen ist. Denn offenbar lag dem Rosahl nur daran, dass Rose den Schliebe töten sollte.

Somit muss Liszt die Bestrafung des Rosahl als Anstifter verneinen — ein recht unbefriedigendes Resultat. —

2. Böhlau kommt in seiner Schrift: der Prozess Rose und Rosahl zur Verneinung deshalb, weil er die Tätigkeit des Rosahl als intellektuelle Urheberschaft ansieht[3]).

3. Ferner nimmt keine strafbare Anstiftung an Schütze (S. 267). Er kommt zu diesem Ergebnis dadurch, dass er inkonsequenter Weise von aberratio ictus spricht trotz Ablehnung der Urhebertheorie der Anstiftung. Mit der herrschenden Meinung muss er dann vorsätzliches Begehen ablehnen.

4. Sodann ist noch Korn zu nennen. Dieser geht davon aus, dass beim error in objecto der Täter einen neuen, selbständigen Entschluss fasst. Dass dies unrichtig ist, dass der Wille des Täters durch den Irrtum unberührt bleibt, wurde oben nachgewiesen. Korn sagt also, dass der Täter nicht auf Grund der Anstiftung gehandelt habe,

1) Vergl. E 23, S. 175.
2) Vergl. Lehrbuch S. 333.
3) Vergl. die Überschrift der §§ 3 u. 4 der genannten Schrift.

sondern unabhängig davon auf Grund selbständiger Entschliessung. Damit entfalle die Strafbarkeit des „Anstifters".

Das wäre möglicherweise richtig, wenn nicht, wie erwähnt, Korn's Ausgangspunkt irrig wäre.

5. Auf blosse Konstatierung, dass keine vorsätzliche Anstiftung vorliege, beschränken sich Olshausen § 48 Nr. 15 und Borchert S. 64, 30.

B. Alle übrigen Schriftsteller nehmen mit uns Bestrafung des Anstifters an.[1]) Hier sei noch kurz auf die Gründe eingegangen, aus denen sie zu dem gleichen Ergebnis wie wir kommen.

1. Ein Teil beschränkt sich auf die Konstatierung: rechtlich unerhebliche Abweichungen zwischen dem Anstiftervorsatz und der wirklich begangenen Tat bleiben ausser Betracht, insbesondere der error in obiecto. So Frank § 48 III 4d.
2. Einen anderen Teil dieser Schriftsteller haben wir bereits oben besprochen. So Kohler, Loewenheim usw.
3. Geyer S. 361 erledigt die Schwierigkeit auf einfache Weise. Er sagt, der Fall liege ebenso, wie wenn Rosahl bei der Tat neben Rose gestanden und gerufen hätte: „schiess los, da kommt der Schurke." „Dann wird niemand zweifeln können, den Rosahl als Anstifter des vollendeten Mordes anzusehen."

   Das letztere ist zweifellos richtig, beweist aber für den wirklichen Fall Rose und Rosahl nicht das geringste. Denn die Gleichstellung, die Geyer vornimmt, ist absolut unberechtigt. In seinem Fall Rose und Rosahl irrt der Täter überhaupt nicht, sondern nur der Anstifter. Nach ihm liegt also nur ein error in obiecto des Anstifters vor.
4. Die übrige Literatur steht auf dem Boden der sogenannten Äquivalenz-Theorie, (zu der auch wir auf anderm Wege gelangten).

[1]) So Frank § 48 III; Bar S. 679; Berner S. 165; Birkmeyer: Lehre v. d. Teilnahme S. 165; Meyer-Allfeld S. 203 u. a. cf. die ausführl. Literaturang. bei Olshausen § 48, 15b.

Sie behandelt den Anstifter ebenso wie den Täter. Der error in obiecto hat daher auf den Anstifter die gleiche Wirkung, wie auf den Täter, schliesst also, wie beim Täter nachgewiesen, den Vorsatz nicht aus: „Es wird des Teilnehmers Schuld nicht alteriert durch solche Abweichungen . . . . , welche den Charakter des beabsichtigten Verbrechens nicht ändern.“ [1]) Also genau unser Resultat!

Die Begründung dieser Äquivalenz-Theorie ist jedoch durchaus unzureichend. Man erklärt einfach, dass dieses Resultat ohne weiteres aus der accessorischen Natur der Anstiftung folge. Auf diese Beweisführung trifft ein Binding'scher Ausdruck zu, dass mit der Accessorität häufig „ein sehr hässlicher Missbrauch“ getrieben werde. Immerhin ist das Ergebnis, wie wir oben nachwiesen, richtig.

II. Ein weiterer wichtiger Fall einer Abweichung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung infolge Irrtums des Täters liegt dann vor, wenn dem Angestifteten eine **aberratio ictus** unterläuft. Z. B. Rosahl stiftet wieder den Rose an, den Schliebe zu ermorden. Rose schiesst auf Schliebe. In seiner Aufregung zielt er falsch und trifft Harnisch. Um zu prüfen, wie diese Aberration auf den Anstifter Rosahl wirkt, werden wir wieder die Vorfrage lösen, wie die aberratio ictus die Bestrafung des Täters Rose beeinflusst.

Im Falle der Aberration nimmt die herrschende Meinung an, dass eine Bestrafung des Täters wegen vorsätzlicher Begehung unzulässig sei. Vielmehr liege Konkurrenz von fahrlässiger vollendeter mit vorsätzlicher versuchter Begehung vor.[2])

Dieser Auffassung ist aus folgenden Gründen nicht beizutreten:

Bei der Aberration irrt sich der Täter. Er glaubt, seine Tätigkeit würde die Wirkung haben, dass Schliebe ermordet würde. In Wahrheit fällt Harnisch. Wie dieser

[1]) Vergl. Birkmeyer a. a. O. S. 165.

[2]) So E. 2, 335; 3, 384; 19, 179; Oppenhoff § 59 III Olshausen § 59, 27.

Irrtum zu behandeln ist, sagt unsere oben gefundene Irrtumsregel. Danach ist der Irrtum, genau wie beim error in obiecto, nur dann wesentlich, wenn er sich auf zum gesetzlichen Tatbestand gehörende oder straferhöhende Umstände bezieht. Beides trifft dann nicht zu, wenn Äquivalenz der betreffenden Objekte vorliegt. In diesem Falle lässt unser Gesetz den Irrtum ausser Betracht, die aberratio schliesst — bei Äquivalenz — die Bestrafung des Täters wegen vorsätzlicher Begehung nicht aus.

Für unsere Ansicht und gegen die herrschende Meinung spricht ferner, dass eine verschiedene Behandlung der Fälle des Irrtums im Objekt von den Abirrungsfällen schon deshalb nicht geboten erscheint, weil es äusserst schwer ist, eine scharfe Scheidegrenze zwischen diesen beiden Fällen zu finden.

Finger[1]) unterscheidet sie danach, dass bei error in obiecto ein Irrtum bei der Entstehung des verbrecherischen Willens von Bedeutung ist, während bei der Abirrung ein Irrtum bei der Ausführung des fertigen Willens unterläuft. Ähnlich Olshausen § 59 Nr. 26, 27.

Wir wiesen jedoch bereits oben nach, dass auch der Irrtum im Objekt den Willen des Täters in keiner Weise beeinflusst.

Unrichtig ist es auch, wenn das Reichsgericht[2]) den Unterschied darin sieht, dass bei der Aberration über die zu treffende Person kein Irrtum besteht. Denn das gilt auch vom error in obiecto. Rose hatte immer den Willen und die Vorstellung den Schliebe und nur ihn treffen.

Dagegen wird in vielen Fällen das eben dort angegebene weitere Unterscheidungsmerkmal zutreffen. Bei Abirrung wird der nicht erwartete Erfolg durch einen unerwarteten Kausalverlauf, durch äussere Umstände, beim Irrtum im Objekt dagegen, herbeigeführt durch eine Verwechselung des Täters selbst.

Wie bedeutungslos jedoch diese Unterscheidung ist, erhellt aus dem Liszt'schen Beispiele der falschen Telephonverbindung: A will den B telephonisch beschimpfen.

[1]) Vergl. Lehrbuch Bd. I S. 255.
[2]) Vergl. E. 19 S. 179.

Durch eine falsche Verbindung wird C beleidigt. Verwechselt A selbst die Telephonverbindung, so liegt error in obiecto vor. A wäre also nach der herrschenden Meinung wegen vorsätzlicher Beleidigung strafbar. Verwechselt jedoch das Amt die Nummern, so haben wir es mit einer Aberration zu tun. Die herrschende Meinung müsste hier fahrlässige Beleidigung annehmen!

Wir kommen also zu dem Ergebnis, die Abirrung für den Täter ebenso zu behandeln, wie der Irrtum im Objekt.[3]) Bei Äquivalenz ist in beiden Fällen Bestrafung wegen vorsätzlicher Begehung geboten.

Damit haben wir bereits die Frage gelöst, wie die Aberration des Täters auf den Anstifter wirkt. Denn das für den error in obiecto ausgeführte gilt in ganz gleicher Weise auch hier: die durch die Abirrung herbeigeführte Abweichung zwischen Anstiftervorsatz und Täterhandlung ist für die Bestrafung des Anstifters — Äquivalenz vorausgesetzt — gleichgültig.

III. Kurz erwähnt sei auch noch als dritter Fall eines Irrtums des Täters der Abweichungsfall im Fall des sog. Weber'schen dolus generalis. Z. B. A stiftet den B an, C zu erdrosseln. B würgt den C. Als er ihn für tot hält, vergräbt er ihn, um die Spuren des Verbrechens zu verdecken. Erst dadurch wird jedoch C getötet.

Auch hier kommt die herrschende Meinung zu einer Zerlegung der Tat des B in versuchten Mord mit eventuell konkurrierender fahrlässiger Tötung. Entsprechend wäre der Anstifter A wegen Anstiftung zum im Versuchsstadium stecken gebliebenen Mord zu bestrafen, also ermässigt nach den Versuchsgrundsätzen.

Wir betrachten auch hier den Irrtum des B nach unserer Irrtumsregel: unzweifelhaft haben wir es mit einem unwesentlichem Irrtum zu tun.

B ist wegen vorsätzlichen Mordes, A als Anstifter hierzu zu bestrafen, eine Entscheidung, die entschieden mehr dem Gerechtigkeitsgefühl entspricht, als die der herrschenden Meinung.

[3]) Ebenso Finger I, 254, Beling L: v. V. 325, Liszt S. 183, Frank § 59 III; Coenders S. 119.

2. Sonstige Fälle der unbewussten Abweichungen von Anstiftervorsatz und Täter-Handlung.

§ 5.

I. Als sonstiger Fall der unfreiwilligen Abweichung von dem, was der Anstifter wollte, ist der Fall zu betrachten, dass die Tat des Angestifteten nicht über das Stadium des Versuchs gediehen ist. Hier ist es unzweifelhaft, dass der Anstifter nicht wegen Anstiftung zu dem vollendeten Delikt zu bestrafen ist. Damit wäre die Accessorität der Anstiftung, die Auffassung der Anstiftung als Teilnahme an fremdem Delikt, über den Haufen geworfen. Es kann sich nur um die Frage handeln, ob der Anstifter überhaupt straflos bleibt, oder ob seine Strafbarkeit sich nach Versuchsgrundsätzen ermässigt.

Diese Frage ist unbedingt im Sinne der zweiten Alternative zu bejahen. Wer zur Vollendung eines Deliktes angestiftet, wessen Vorsatz also auf Herstellung des vollendeten verbrecherischen Erfolges gerichtet ist, der will auch gleichzeitig den Versuch des betreffenden Deliktes. Somit kann jedem Anstifter, dem die vollendete Tat zuzurechnen wäre, auch der Versuch zugerechnet werden.

Wenn also zwischen Anstiftervorsatz und Täterhandlung eine Abweichung dadurch zustande kommt, dass der Täter nur bis zum Versuch der Tat gelangt, so ist die Strafermässigung des § 44 St. GB. auch für den Anstifter massgebend.[1])

II. Auch an den umgekehrten Fall könnte man denken. Der Anstifter will nur den Versuch des Deliktes, der Angestiftete vollendet das Delikt.

Z. B. der agent provocateur stiftet den Anarchisten zu einem Attentat an, will ihn aber nach vorgenommenen Versuch an der Ausführung hindern.

---

[1]) Ebenso die herrschende Meinung insbesondere E. 14, 19, 28,248 : Frank § 48 III 4a, Olshausen § 48 17a, Oppenhof § 48 26.

In diesem Falle liegt jedoch keine Anstiftung im Sinne unseres Strafgesetzes vor. Wir bewiesen im ersten Teil dieser Arbeit, dass der Vorsatz des Anstifters auf die Begehung der Tat gerichtet sein muss. Ebensowenig wie wir einen Menschen bestrafen, der nur den Vorsatz hat, ein Verbrechen zu versuchen, nicht es — wenigstens eventuell — zur Vollendung zu bringen, ebensowenig können wir den Anstifter in gleicher Lage bestrafen. Zu welch widersinnigen Resultaten wir gelangen würden darauf wiesen wir oben hin.

Wenn also der „Anstifter" nur den Versuch, nicht das vollendete Delikt wollte, so ist er jedenfalls nicht strafbar.[1])

III. Ein letzter Fall der unbewussten Überschreitung des Anstifterwillens durch den Täter ist in den Fällen der durch den Erfolg qualifizierten Delikte gegeben, bei denen die Strafbarkeit einer Tat ohne Rücksicht auf Verschulden durch die blosse Tatsache des Eintrittes eines schweren Erfolges erhöht ist z. B. §§ 224 246, 239, II, III, 307 Nr. 1 St. G. B. u. a.

Ist dieser schwerere Erfolg ohne Verschulden des Täters oder ohne dass dieser bewusst von den Weisungen des Anstifters abwich, entstanden, so ist die Erfolgshaftung auch auf den Anstifter zu erstrecken.[2])

Damit haben wir die wesentlichsten Fälle einer Besprechung unterzogen, in denen unfreiwillig der Täter von dem Willen des Anstifters abweicht.

Eine alle Fälle umfassende einheitliche Lösung so, wie wenn wir die Anstiftung als intellektuelle Urheberschaft aufgefasst hätten, konnten wir nicht erreichen. Vielmehr fiel unsere Entscheidung, den verschiedenen Tatbeständen entsprechend, verschieden aus.

[1]) Ebenso E. 15, 215, Frank § 48 IV, Kohler S. 121 ff., Liszt S. 233, Finger I S. 351, A. M. Ohlshausen § 48, 21 u. a.

[2]) Ebenso Rüdorff-Stenglein § 224 Nr. 13, Bar II S. 674, Oppenhoff-Delius § 48 Nr. 44, Olshausen § 48 Nr. 17a u. a.

b) Fälle der bewussten Abweichung von Anstiftervorsatz und Täterhandlung.

§ 6.

Nachdem wir in den vorhergehenden Teilen der Arbeit die Fälle erörtert haben, in denen unfreiwillig der Täter vom Willen des Anstifters abweicht, wenden wir uns nunmehr den Möglichkeiten zu, in denen freiwillig, bewusst der Täter eine solche Abweichung vornimmt. Ein derartiges Abweichen ist in zweifacher Art denkbar:

I. Der Täter hält sich in keiner Weise an die Weisungen seines Anstifters.

II. Der Täter weicht bewusst teilweise von den Weisungen ab, indem er entweder das vom Anstifter gewollte Ziel auf andere Weise erreicht oder quantitativ etwas anderes tut, sei es, dass er mehr tut als gewollt, sei es, dass er weniger tut.

Alle diese mannigfaltigen Fälle kann man zusammenfassen mit dem Namen: Exzess des Angestifteten.

Dieser liegt also dann vor, wenn der Täter aus eigener Entschliessung etwas anderes vornimmt, als das, wozu er angestiftet war. Sei es, dass die von ihm vorgenommene Handlung sich als ein aliud oder ein plus oder ein minus der Anstiftung gegenüber darstellt.[1])

Wie wirkt nun ein derartiger Exzess des Täters auf den Anstifter? Soviel ist sicher: Jeder Excess kann nicht die Zurechnung der Tat zum Vorsatz des Anstifters ausschliessen. Wenn etwa A. dem B. beauftragt, einen Diebstahl um 7 Uhr vorzunehmen und B. sich um 10 Minuten verspätet, so kann das regulärerweise nichts ausmachen. Also nicht jede rein äusserliche Abweichung des Angestifteten schliesst den Anstiftervorsatz aus.

[1]) Die Terminologie ist in der Literatur nicht einheitlich. So wie hier Hälschner, Lehrb. Bd. I. S. 416; Meyer-Allfeld S. 203 u. a. Nur ein Hinausgehen über den Auftrag versteht Geyer S. 359 unter excessus mandati; ebenso Frank § 48, III 4 b.; Bar Bd. II S. 673 nennt Excess jedes Abweichen von Täterhandlung und Anstiftervorsatz, also auch den error in objecto.

Vielmehr muss der Angestiftete etwas inhaltlich bedeutsam Abweichendes vorgenommen haben. Bei der Frage, ob der Excess den Vorsatz ausschliesst oder nicht, muss daher darauf gesehen werden, was der Anstifter wollte, welches seine Ziele waren.

Diesen Grundsatz wollen wir nunmehr auf die einzelnen Excessfälle in Anwendung bringen.

1. Der Täter handelt vollkommen abweichend von den Weisungen des Anstifters,

z. B. Der Anstifter stiftete zu einem Einbruchsdiebstahl bei B an. Der Täter hat keine Lust, zu stehlen, wohl aber, zu töten und begeht einen Mord an B. Dann besteht kein Zweifel, dass dem Anstifter der Mord nicht zuzurechnen ist.

Was hier der Angestiftete tat, weicht inhaltlich bedeutend vom Willen des Anstifters ab.

Übrigens erreichen wir dasselbe Ziel auch noch auf einem andern, schon öfters in dieser Arbeit angewandten Wege, durch Heranziehung der Grundsätze über den Irrtum.

Der Anstifter glaubte in unserm Fall, seine Anstiftung würde die Wirkung haben, dass B. bestohlen würde. Statt dessen wird er ermordet. Also irrte sich der Anstifter. Dieser Irrtum ist hier ein solcher, der dem Gesetz als wesentlich erscheint. Denn Diebstahl und Mord werden vom Gesetz verschieden schwer bestraft. Infolgedessen darf das Gesetz diesen Irrtum nicht ignorieren.

Es kann hier nicht den Vorsatz, einen Diebstahl zu wollen, transplantieren auf den Vorsatz, einen Mord zu wollen. Infolgedessen kann von einer Anstiftung zu Mord in unserm Falle die Rede nicht sein.

Weicht also der Angestiftete vollkommen und bewusst des Anstifters ab, so ist der Anstifter nicht strafbar.

Wann eine derartige vollkommene, die Bestrafung des Anstifters ausschliessende Abweichung vorliegt, ist wesentlich Tatfrage, Frage der Interpretation des wahren Willens des Anstifters. So kann die Anstiftung, eine Sache zu stehlen, den Inhalt haben, irgend wie die Sache

zu ergreifen, sei es durch Diebstahl, durch Betrug, Erpressung, Raub oder Unterschlagung.[1])

II. Von den Fällen, in denen der Täter zwar bewusst die Anweisungen des Anstifters ausser Acht lässt, aber sich doch im gewissen Sinne an sie hält, ist:

1. der zu nennen, dass der Täter den Erfolg, der zu dem er angestiftet wurde, auf andere Weise erreicht, als der Anstifter wollte. Der Anstifter trug ihm z. B. auf, eine Sache mittels Einbrechens zu stehlen, er stiehlt sie aber mittels Einschleichens bei Nachtzeit.

Die Behandlung dieses Excessfalles muss wieder von der Interpretation des Anstiftervorsatzes ausgehen. Wir müssen regelmässig den Willen des Anstifters darin erblicken, dass der Angestiftete die Sache stehlen sollte. Er gab ihm zu diesem Zweck Verhaltungsmassregeln, riet ihm, mittels Einbrechens an die Sache heranzukommen. Aber das war nur ein Rat zur Erreichung des Endzieles. Dass der Täter wirklich etwa beim Diebstahl die Türen einbrechen sollte, daran lag dem Anstifter ernsthaft nichts. Mithin werden wir die Abweichung, den Excess, dass der Täter statt des Einbruchsdiebstahles einen gleich strafbaren Diebstahl aus § 243, 7 St. G. B. durch Einschleichen bei Nachtzeit beging, nur für eine äusserliche Abweichung, nicht für so wesentlich halten, dass dadurch der Vorsatz des Anstifters ausgeschlossen würde. Übrigens können wir auch hier unsere Irrtumsformel anwenden. Des Anstifters Vorsatz war auf Begehung des Diebstahls nach § 243, 2 gerichtet. Er irrte sich, als er glaubte, seine Anstiftung würde die Wirkung haben, dass der Täter das Delikt dieses Paragraphen beginge. Statt dessen verletzt er § 243,7. Ist dieser Irrtum wesentlich? Nein. Denn das Gesetz behandelt beide Delikte gleich, beide Delikte sind gleichartige Qualifikationen eines Verbrechens, des Diebstahls.

Wenn also der Täter vom Anstifterwillen nur darin abweicht, dass er dessen Endziel auf andere

---

[1]) Literatur: Frank § 48 IV 4c, Meyer Allfeld S. 203, Liszt S. 232, Oppenhoif § 38 No. 43, Olshausen § 48 15b.

Weise erreicht, so bleibt dies für die Bestrafung des Anstifters ausser Betracht.

2. Weiter fällt in die Rubrik der bewussten, aber nur teilweisen Abweichung des Täters vom Willen des Anstifters der Fall, dass der Täter mehr tut, als der Anstifter wollte. Die Anstiftung lautete z. B. auf einfachen Diebstahl, der Täter begeht einen qualificierten.

Wenn hier der wahre Wille des Anstifters nur auf einen leichten Diebstahl gerichtet war, so folgt aus dem bei der Behandlung der bisherigen Excessfälle Gesagten ohne Weiteres, dass er nicht wegen Anstiftung zum qualificierten Diebstahl zu strafen ist.

Wohl aber hat er sich wegen Anstiftung zum einfachen Diebstahl strafbar gemacht. Wer einen schweren Diebstahl begeht, der begeht damit auch einen leichten, wer eine schwere Körperverletzung vornimmt, nimmt auch eine leichte vor. In solchen Fällen hat also der Täter die strafbare Handlung begangen, zu der er angestiftet wurde. Dass er noch mehr tat, ändert nichts an der Tatsache, dass er jedenfalls das vornahm, was der Anstifter wollte. Ebensowenig wie dieses mehr dem Anstifter zuzurechnen ist, ebensowenig kann es bewirken, dass er von dem wirklich Gewollten und vom Täter ausgeführten frei wird.[1])

Wir gewinnen also den Satz:

Begnügt sich der Täter nicht damit, den vom Anstifter gewollten Erfolg herbeizuführen, sondern tut er ein weiteres (excessus mandati i. e. S.), so ist der Anstifter nur bis zu dem von ihm gewollten Erfolg strafbar.

3. Als letzter Fall der bewussten Abweichung ist der zu nennen, dass der Täter weniger tut, als der Anstifter wollte. Der Anstifter stiftet z. B. zu Einbruchsdiebstahl an, der Täter nimmt die Sache mittels einfachen Diebstahls an sich. Hier findet das zu 2 Gesagte ent-

[1]) Ebenso E. 5, 17; Frank § 47 III 4b, Olshausen § 48, 16 u. a. Anderer Meinung ohne Begründung Oppenhoff § 48 Nr. 43; der dortige Hinweis auf E. 5, 17 ist unzutreffend.

sprechende Anwendung. Der Anstifter ist wegen Anstiftung zu dem wirklich Getanen strafbar.

Dies folgt aus der Erwägung, dass die Anstiftung zu einem qualificierten Delikt notwendig in sich die Anstiftung zum einfachen Delikt enthält, ferner aus der Erwägung, dass Bestrafung des Anstifters wegen Anstiftung zum Gewollten, aber nicht ausgeführten schweren Delikt mit dem Grundsatz der Akzessorität unvereinbar ist, und dass gänzliche Freisprechung des Anstifters in diesem Falle ein Unding wäre.

Wir sahen also, dass wir auch bei den Fällen der bewussten Abweichung des Täters vom Anstifterwillen keine einheitliche Lösung finden konnten.

II. Fehlen der Identität der anzustiftenden und der angestifteten Person.

§ 7.

Bisher wurde in den erörterten Fällen vorausgesetzt, dass die Anstiftung insofern der Vorstellung des Anstifters entspricht, als die Person in Aktion tritt, die er in Bewegung setzen wollte.

Nun ist auch der Fall denkbar und hier zu erörtern, dass diese Identität fehlt, dass ein anderer als gewollt, im Sinne des Anstifters tätig ist.

Zum Beispiel A. stiftet B. an, den D. zu ermorden. C. hört zufällig, wie A. dem B. die nötigen Anweisungen gibt. C. handelt nach diesen Anweisungen und nimmt den Mord vor.

Die Frage, ob A als Anstifter zum Mord des C. zu strafen ist, wird von der herrschenden Meinung verneint.

Man sagt, in diesen Fällen fehle der Anstifterdolus, es sei denn, dass sich der Anstifter von vornherein an unbestimmte Personen mit seiner Aufforderung richtet. Ob dies vorliege oder nicht, sei Tatfrage.[2]) Diesen Ausführungen ist nicht beizutreten.

Wie wir oben ausführlich darlegten, richtet sich der Anstiftervorsatz

---

[2]) Vergl. z. B. Olshausen § 48 Nr. 9.

1. darauf „einen andern“ anzustiften, in einem andern einen verbrecherischen Entschluss zu erwecken,
2. auf die Hervorrufung des verbrecherischen Erfolges. Und zwar direkt, nicht, wie Bar u. a. annehmen, indirekt nur für den Fall der Begehung durch den in Aussicht genommenen Täter.

Dieser direkte Dolus ist bei A vorhanden. Er will, dass die Tat begangen wird.

Es fragt sich nur, ob der unter 1 genannte Teil des Anstiftervorsatzes vorhanden ist.

A wollte den B anstiften. In Wahrheit wird C angestiftet. Wir haben es hier mit einem Fall des error in persona (obiecto) zu tun, dessen Behandlung wir oben ausführlich darlegten.

Wenn die zu treffenden und getroffenen Objekte rechtlich gleichwertig sind, sehen wir, dass unser Gesetz dem error in obiecto keine die vorsätzliche Begehung ausschliessende Bedeutung zuerkennt.

Ebenso auch hier. B und C sind rechtlich gleichbedeutend für die Ermordung des D und die Strafe des A. Selbst wenn C etwa Descendent des D wäre, würde dies nach § 50 für A gleichgültig sein.

Somit können wir auch dann, wenn ein anderer als der Anstifter erwartete, der Anstiftung gemäss tätig wird, den Anstifter strafen.

Weicht der dritte vom Vorsatz des Anstifters in sonstiger Weise ab, z. B. er begeht einen Exzess, so finden die Ausführungen der §§ 4—6 wieder Anwendung.

Lebenslauf.

Am 15. März 1890 wurde ich, Ernst Asch, in Posen geboren als Sohn des jetzigen Justizrats und Notars Dr. jur. Albert Asch und seiner Ehefrau Anna, geb. Kantorowicz. Ich bin jüdischer Konfession und preussischer Staatsangehöriger. Ich besuchte das Kgl. Friedrich Wilhelms-Gymnasium in Posen, das ich Ostern 1908 mit dem Reifezeugnis verliess. Darauf studierte ich sechs Semester Rechtswissenschaften und zwar ein Semester in Genf, zwei Semester in München, ein Semester in Berlin und die letzten beiden in Kiel, wo ich am 24. Juni 1911 die erste juristische Staatsprüfung mit dem Prädikat „gut“ bestand. Am 27. Juli 1911 bestand ich vor der juristischen Fakultät in Breslau das Rigorosum. Zur Zeit bin ich dem Kgl. Amtsgericht in Pudewitz als Referendar zu meiner Ausbildung überwiesen.

Ernst Asch.